

Temas em Destaque**Administração Pública em Juízo***

Palestras proferidas por:

José Augusto Delgado

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Serviços Públicos Concedidos**Maria Sylvia Zanella di Pietro**Prof.^a Titular de Direito Administrativo da USP**Contratação Temporária de Servidores
Públicos & Terceirização de Mão-de-Obra****Luciano Ferraz**

Mestre e Doutor em Direito pela UFMG

Min. José Augusto Delgado:

O tema apresentado será sobre a "Administração Pública em Juízo" ou "O Poder Público em Juízo". É bom sempre revivermos, por uma questão metodológica e até por uma organização didática, a supremacia da Constituição Federal. A Constituição, como corpo jurídico maior do País, o que representa? O que ela contém filosoficamente? Qual é a regra de conduta valorativa que ela tem?

Primeiramente, postulados; especialmente uma Constituição como a de 1988, que está com-

pleta de postulados, a partir do grande postulado que é o da obediência aos princípios do regime democrático, o postulado da valorização da dignidade humana, o da valorização da cidadania, o da garantia ao meio ambiente, o do respeito à moralidade; enfim, tantos postulados que poderíamos enumerar, se esse fosse o tema de nossa responsabilidade. Esses postulados são os maiores indicadores aos quais os operadores do Direito deverão se vincular.

A seguir temos os princípios. Os princípios são "filhos dos postulados". São regras de con-

* Painel de Debates nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, realizado no dia 8 de outubro de 2004, em São Paulo – SP.

duta com características mais detalhadas, com características mais delimitadas, já que os postulados têm as suas características gerais, orientando como o Direito deverá ser interpretado e aplicado. Desses princípios surgem as regras jurídicas. As regras jurídicas são as limitações específicas, são o bitolamento daqueles postulados, que depois dão origem aos princípios, e que geram aquelas regras de natureza concreta, que surgem no mundo jurídico, em decorrência de fatos.

Observem que os postulados não pensam em fatos, os postulados pensam em idéias, os postulados pensam em congregar todos os sentimentos que existem de nacionalidade. Em outras palavras, todos os sentimentos dos homens, que acompanham a Nação, têm e querem. Então, o que temos no campo do Direito Constitucional e da atuação dos poderes públicos, em relação aos particulares?

Temos a Constituição Federal. A República Federativa do Brasil, constituída pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, implantada sob o regime democrático, tem como fundamento “inc. I – a soberania nacional; inc. II – a cidadania; inc. III – a dignidade da pessoa humana; inc. IV – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. No art. 3º, temos os objetivos, também, fundamentais, da internacionalização, de solidariedade, de justiça do trabalho, de desenvolvimento econômico e erradicação da pobreza etc. No art. 5º, encontramos um princípio decorrente de um postulado, que já foi produzido pelo regime democrático, o princípio da igualdade. E lá está posto, com todas as letras: “Todos são iguais perante a lei” – e a Constituição, numa expressão que considero muito categórica e muito veemente, e que não tinha nas Constituições anteriores, colocou: “Sem distinção de qualquer natureza”. Essa expressão passa a ser a representação do produto da igualdade, e da representação desse postulado surge o princípio da igualdade, já com conotações mais restritas.

Do princípio da igualdade nascem as regras jurídicas. Quando a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, escrevi um trabalho que dizia que todos os privilégios do Poder Público, todos os privilégios processuais, haviam sido extintos pela Constituição. José Rogério Tucci e Osvaldo Degrazia escreveram na mesma época sobre o assunto. Outros processualistas também se

aventuraram a defender que todos os privilégios da Fazenda Pública tinham sido extintos a partir da Constituição Federal de 1988. Essa idéia começou a ganhar força no campo doutrinário e, conseqüentemente, começou a ser discutida nos ambientes jurisprudenciais. Alguns Tribunais começaram a aplicá-la, porque era tão evidente e decorria de um querer tão forte da Constituição Federal, que as respostas em sentido contrário não tinham consistência jurídica. Nós sabemos, entretanto, que no Brasil, ainda no campo jurídico, no campo de Direito e na aplicação do Direito, esse conteúdo valorativo dos postulados, esse conteúdo valorativo dos princípios ainda não alcançaram sua potencialidade. E nós não estamos acostumados, ainda, por incrível que pareça, e tudo isso em decorrência das crises políticas pelas quais passamos, a prestar aquela rígida homenagem que o regime democrático exige que lhe seja prestado. Alguns afirmam que temos democracia demais e que democracia demais é desordem. Eu afirmo que nós temos democracia de menos, porque não temos a conscientização que os princípios pregados, desde o preâmbulo da Constituição Federal, até o último artigo, ainda não se integraram, ainda não penetraram nas nossas consciências jurídicas, quando somos chamados a interpretar uma regra jurídica. A regra jurídica necessita ser bem interpretada, ser bem aplicada, ela necessita ser vista e ser interpretada com alma, com emoção, e vinculada rigorosamente ao que está posto na Constituição Federal.

Assim, surgiram os debates jurisprudenciais a respeito dessa pretensa novidade e o Supremo Tribunal Federal chegou a se pronunciar. O primeiro posicionamento sobre o tema ocorreu com o Recurso Extraordinário nº 181.138-2, de São Paulo, pela voz do Ministro Celso de Mello, que foi o relator. Dizia: “Preliminarmente rejeito a arguição de intempestividade que foi suscitada pela parte recorrida. O presente recurso extraordinário foi interposto pela União Federal dentro do prazo legal. Muito embora seja de quinze dias o prazo ordinário de interposição do apelo extremo – Lei nº 8.038/90, art. 26, *caput* –, assiste, à União Federal, a prerrogativa da contagem em dobro, deste mesmo lapso de ordem temporal, eis que a norma do direito singular, consubstanciada no art. 188 do CPC, tem inteira aplica-

bilidade ao recurso extraordinário (...)"'. O Código Processual Civil, todos nós sabemos, é de 1973; em 1988, surgiu a Constituição Federal; em 1990, surgiu a citada lei ordinária. O art. 188 nunca foi princípio, nunca foi postulado. O postulado está no art. 5º, o princípio está nas regras que defendem a igualdade. Todos aprendemos, e essa regra permanece até hoje, que a lei posterior da mesma hierarquia revoga a lei anterior. Então, a Lei nº 8.038/90, com base num postulado democrático, que deu origem a um princípio, ao princípio da igualdade, derogou o art. 188 do CPC. Mas assim não entendeu o Supremo Tribunal Federal. Por esta razão é que eu fico de joelhos, doutrinariamente, discordando. Aplico hoje, mas aplico apenas por uma disciplina jurisprudencial, porque penso, que aí, disciplina jurisprudencial é um grande mal, que nós juízes cometemos na aplicação do Direito. E continuou o Ministro Celso de Mello a justificar: "O legislador ordinário, considerando a complexidade e o vulto dos negócios do Estado". Aí invoca Pontes de Miranda, *Código Processual Civil*, tomo III, p. 145, 2ª ed., de 1974, "e tendo presentes as dificuldades de ordem material e estrutural, que oneram o desempenho da atividade processual da Fazenda Pública, instituiu o mecanismo de compensação". Não há postulado de compensação na Constituição Federal, nem há princípio de compensação na Constituição Federal. O preceito do art. 188 é destinado a viabilizar, tanto quanto possível, no plano das relações processuais, a situação de igualdade jurídica entre a entidade de Direito Público e os seus contendores, tendo presentes as dificuldades de ordem material e estrutural, que oneram o desempenho da atividade processual da Fazenda Pública. Todos nós sabemos, isso foi dito para toda a Imprensa Nacional, que a Advocacia Geral da União se organizou em um dos maiores escritórios de advocacia do mundo, e que tem hoje um corpo de advogados disciplinados, voltados para o cumprimento do seu dever, e com todas as condições de trabalho. Leiam e releiam a lei que regula a Advocacia Geral da União, e vocês vão verificar que é um órgão profundamente organizado e com amplas condições de trabalho, até maiores do que as condições que têm as empresas privadas e os escritórios de advocacia. Assentado o entendimento da existência de privilégios para o Poder Público, em juízo, os processualistas, com absoluta razão,

especialmente o jovem processualista paulista Cássio Scarpinella Bueno, defendem, e com os meus aplausos, que está surgindo uma nova teoria de Direito Processual, chamada de "O Direito Processual Público".

Não é o Direito Público, categoria genérica no qual se ingressa o Direito Processual. Aquela velha discussão, aquela velha divisão em Direito Público e Privado. O chamado "Direito Processual Público" é dirigido, exclusivamente, para os órgãos públicos compostos por: União, Estado, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias e suas fundações públicas. Quer dizer, um Direito Processual específico, com princípios e com regras voltados, unicamente, para quando o Poder Público se encontrar em juízo. Um Direito Processual que difere do Direito Processual aplicado, quando um particular está em juízo. Essas idéias estão crescendo no ambiente dos processualistas, da doutrina processualista, e eles estão buscando uma sistematização a respeito deste ramo do Direito. Se, cientificamente, ficar estabelecida essa diferenciação, vamos ter dois direitos processuais, um Direito Processual Civil aplicado para as relações jurídicas de direito privado, em juízo, quando a relação jurídica de direito formal for firmada entre particular e particular, e vamos ter um Direito Processual com princípios e regras específicos para decidir os litígios em que estejam presentes, de um lado, o Poder Público, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias e suas fundações, ou outro Poder Público, e o particular. O meu medo é que, se esse desdobramento começar a ocorrer, vamos ter no futuro um Direito Processual para regular privilégios que deverão ser concedidos a grandes empresas, pelo poder econômico que elas possuem ou, talvez, até, quem sabe, um Direito Processual apenas para se dedicar a decidir os conflitos do MST. Eu faço parte no STJ de uma Comissão de Instalação das Varas Agrárias. E a última proposta que foi feita pede para que os conflitos agrários passem para a competência da Justiça Federal. Se determinada emenda constitucional for aprovada, devemos trabalhar com regras processuais específicas quando o MST estiver em juízo. É bem verdade que essa regra não vai dizer que é o MST, vai falar sobre entidades que discutem a reforma agrária. Imaginem quantos outros direitos processuais pode-

rão surgir sobre o tema. Esse é o panorama que eu lhes sintetizo, no campo doutrinário, a respeito da presença do Poder Público em juízo.

Vamos falar sobre os chamados privilégios processuais do Poder Público em juízo, já que, como estou a demonstrar, esses privilégios continuam sendo cada vez mais fortes. Depois da Constituição Federal de 1988, eles cresceram assustadoramente. Quanto mais cresce a força do Estado, no campo processual, mais diminui a proteção ao particular. O Estado, o Poder Público se apresentam em juízo, cada dia mais, com uma soma de privilégios que chegam até a nos assustar. Vamos tentar elencar esses privilégios e, a cada um, dar rápidas palavras. Começaremos com o art. 12, incs. I e II, do CPC: “Serão representados em juízo, ativa ou passivamente, a União, os Estados, o Distrito Federal, e os Territórios, por seus Procuradores; o Município, por seu Prefeito ou Procurador”. Já temos aí um privilégio bem acentuado. Nós sabemos, por exemplo, que determinadas empresas no Brasil têm um faturamento, uma receita muito maior do que a receita orçamentária da União, e elas não são citadas, quando estão em juízo, por seus procuradores. Elas necessitam ser citadas pelos seus representantes legais que estão dispostos nos seus estatutos, que estão no exercício da gerência. Mas o Código Processual Civil determina que: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, serão representados em juízo, ativamente e passivamente, por seus procuradores”. Abrindo exceção apenas para as prefeituras, para os Municípios, mas mesmo assim, permitindo a citação do Prefeito ou do Município. Vamos agora para o art. 27. Este artigo determina: “As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final, pelo vencido”.

Então, observem: um cidadão que ganha R\$ 3.000,00, para ingressar em juízo, não pode ser considerado pobre, não pode ter reconhecido o direito ao benefício da justiça gratuita; mas, se ele necessitar, por exemplo, no Estado da Paraíba, executar alguém, se essa execução for de R\$ 10.000,00, ele vai ter que depositar, previamente, nada mais, nada menos, quase R\$ 1.000,00 de despesas processuais. O Poder Público não tem a obrigação de efetuar qualquer antecipação, qualquer despesa processual, está dispen-

sado, e só pagará se for vencido através de precatórios requisitórios.

Comecem a meditar. Vem a interpretação a respeito desta regra e a jurisprudência, cada vez mais, vem valorizando este art. 27 do CPC. Apenas, abrindo algumas exceções, no caso de perícia. Havendo requerimento de perícia pelo Poder Público, ele é obrigado a adiantar as despesas do perito, porque o perito é um profissional, é uma profissão regulamentada. Ninguém vai fazer uma perícia tendo, de um lado, a União Federal, ou o Estado ou o Município ou suas autarquias ou o Distrito Federal, para receber no final com dez, quinze, vinte anos, quando a ação terminar. Então, a jurisprudência ficou sensível e entendeu que se tratava de honorários profissionais, e que não estava incluído no conceito de despesas de atos processuais.

Realmente, é despesa de ato processual em campo conceitual, mas veio a interpretação nesse sentido. Entende-se que os oficiais de justiça não estão obrigados a desembolsar, do seu próprio bolso, o pagamento de despesas de locomoção, para o cumprimento de atos do Poder Público, e só receberem, no final, se o Poder Público for vencido. No caso de o Poder Público ser vencido, só vão receber no final. Temos uma Súmula do STJ nesse sentido, que diz que deverá haver o adiantamento dessas verbas, para haver o custeamento dessas despesas. Temos, também, um outro entendimento que está posto na Súmula nº 178 do STJ: “Embora as autarquias estejam abrangidas na expressão ‘Fazenda Pública’(...)”, aqui eu abro um parêntese. Os senhores sabem que já está consagrado, embora o Código de Processo Civil não o diga expressamente, que no conceito de Fazenda Pública estão englobados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e, hoje, as fundações públicas.

No conceito de Fazenda Pública só não estão integradas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, e hoje, as agências reguladoras e as organizações não governamentais, as chamadas sociedades governamentais, as organizações sociais. Todas as vezes que eu lhes falar em Fazenda Pública, eu estou lhes falando em União, Estado, Distrito Federal, Municípios, e as suas autarquias, e suas fundações

públicas. Então, a Súmula nº 178 do STJ determina que embora as autarquias estejam abrangidas na expressão 'Fazenda Pública', "o INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos nas ações acidentárias e de benefícios propostos na justiça estadual". O que inspirou o Superior Tribunal de Justiça a baixar esta súmula? O princípio da dignidade da pessoa humana e da valorização da cidadania, incs. II e III do art. 1º da Constituição Federal. Não é possível que se chegasse a tal ponto de interpretação, que se exigisse que numa ação acidentária, que tem natureza essencialmente social, o pagamento da perícia, por exemplo, fosse obrigação do acidentado ou que essa perícia, quando requerida ou pelo acidentado ou pelo Poder Público, o perito só recebesse no final.

Também não era possível entender-se que o beneficiário da Previdência Social, quando em juízo, fosse obrigado a antecipar todas as despesas processuais, mesmo aquelas requeridas pela União Federal, em face do que está posto no art. 27 do CPC. Então, foi construída esta súmula, que diz "que o INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos nas ações acidentárias e de benefícios propostos na justiça estadual". Deixou a critério do juiz determinar a exigência do pagamento antecipado, no referente a essas situações específicas. Temos uma outra Súmula do STJ interpretando este art. 27, dizendo o seguinte: "Na execução fiscal, processada perante a Justiça Estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça". Essa é a Súmula nº 190 do Superior Tribunal de Justiça.

Na Justiça Federal há uma dotação orçamentária específica. Durante o mês é feito o levantamento das diligências e os oficiais de justiça recebem desta própria dotação orçamentária da União. E a União pretendeu que os oficiais da Justiça Estadual só recebessem ao final. Então, o que estava acontecendo? Todas as execuções fiscais da União não estavam tendo andamento, porque os oficiais de justiça, com absoluta razão, não iam pagar as diligências de suas locomoções para só receberem no final. Temos, depois, a Súmula nº 232 do STJ, que diz o seguinte: "A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos hono-

rários do perito". Essa súmula tem sido interpretada por alguns Tribunais, aqui eu cito vários precedentes: "Se não for efetuado o depósito, deve ser determinado o prosseguimento do feito, sem a produção da prova pretendida". É uma interpretação que entendo um pouco forte, porque poderá prejudicar até a parte mais fraca; se essa prova for necessária, para a solução do litígio, poderá o juiz ficar impressionado devido à ausência, e prejudicar o particular. Mas, de qualquer maneira, quando for demonstrado que é do interesse exclusivo da União, e não houver o protesto do particular, está bem aplicada, está bem acertada a interpretação. Alguns juízes, alguns Tribunais, já chegaram a extinguir o processo, quando não efetuado o depósito. Acho esse entendimento, rigorosamente, exagerado. Não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Outros Tribunais também têm seguido entendimento diferente, o de que não deverá haver a extinção do processo. O Superior Tribunal de Justiça não sumulou o assunto, porque até agora foram poucos os recursos especiais que nos chegaram para apreciar sobre essa matéria. Temos, ainda, outras observações a respeito deste artigo, mas dentro dessa linha.

Vamos passar para um terceiro artigo, o art. 99 do CPC: "O foro da capital do Estado ou do território, é competente: I – para as causas em que a União for autora, ré ou interveniente". Deixem-me fazer aqui uma hora de saudade, voltar o meu pensamento para o Rio Grande do Norte e pensar no meu irmão potiguar que mora em Luís Gomes, distante 486 quilômetros da capital, e que necessita mover uma ação contra a União Federal. Ele tem que descer serra e subir serra, porque Luís Gomes fica em uma serra, viajar oito horas de ônibus para ingressar com essa ação na Justiça Federal, em Natal. Vamos admitir que seja uma ação ordinária de indenização, pois um carro do governo, um carro do Ministério da Agricultura, por exemplo, atropelou toda a sua família na Serra de Luís Gomes. Ele necessita pedir a indenização à União Federal. Meu irmão vai ter que sair de lá, percorrer 486 quilômetros para ingressar com essa ação ordinária de indenização, na cidade de Natal. Vamos agora deixar o Nordeste e vamos para o Norte. E no Amazonas?

Muitos irmãos nossos vão ter que andar, vão ter que percorrer, durante três ou quatro dias, rio

acima ou rio abaixo, dependendo de onde estiverem morando, para chegar a Manaus, para promover esta mesma ação. Sabemos nós que só há uma exceção, é o caso de benefícios previdenciários. E sabemos que há uma outra exceção, se for para executar os créditos da Fazenda Pública. A União Federal vai poder executar na cidade de Luís Gomes, na Justiça Estadual, porque está posto na Constituição Federal. Pergunto-lhes e tenho a absoluta certeza que todos os meus queridos amigos, aqui presentes, já têm a resposta. Está havendo democracia nesta regra processual? Está havendo a aplicação do art. 5º nesta regra processual? Deixo-lhes a resposta. Diz, ainda, que “o foro da capital do Estado ou do território, é competente para os casos em que o território for autor, réu ou interveniente”. Ainda, o parágrafo único do art. 99: “Correndo o processo perante outro juiz, serão os autores remetidos ao juiz competente da Capital do Estado ou Território, tanto que neles intervenha uma das entidades mencionadas nesse artigo”. Quer dizer, a lei fechou, não permitiu nem sequer uma interpretação, determinou, obrigatoriamente, de modo cogente, de modo imperativo. Só as exceções, no caso de processo de insolvência, porque há interesse da União Federal ou do Estado ou do Município, e nos casos previstos em lei, como aquelas situações que eu lhes falei, de executivo fiscal e dos benefícios previdenciários. Temos, nesse sentido, algumas atenuações, na interpretação desse dispositivo: o Estado não tem foro privilegiado, mas juízo privativo.

Os Estados começaram a defender, através da chamada interpretação eqüitativa com os privilégios da União Federal, que eles também tinham o foro privilegiado, que todas as suas ações só podiam ser feitas, só podiam ser questionadas nas capitais do Estado. Diziam que o mesmo panorama processual que a Constituição Federal criou para a União deveria ser criado também para o Estado.

Em muitas Constituições Estaduais esse dispositivo foi inserido. Mas, o Supremo, interpretando essas regras, determinou que não. O fundamento central dos acórdãos do STF é que essa é uma regra excepcional, de privilégio, e a regra de privilégio não pode ser interpretada de modo ampliativo. Aí, houve um bom senso de comportamento do Supremo.

Se a regra gera privilégio, ela já é ampliativa por si só, ela já está concedendo algo mais do que a normalidade. É o conceito da palavra “privilégio”, é a origem gramatical do conceito da palavra. Vão ao Aurélio, ou a qualquer outro dicionário, e vão observar que privilégio é algo diferenciado, é algo que foge da horizontalidade do comportamento do cidadão, em sociedade; é alguém que se beneficia de algo anormal, fora de determinados padrões. Incentivo todos vocês para que façam uma pesquisa jurisprudencial deste artigo, porque ele apresenta uma riqueza muito grande de interpretação em vários outros campos.

Vamos passar ao artigo seguinte: art. 928, *caput*, do CPC: “Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou reintegração (...)”. Há o caso contrário, “determinará que o autor justifique, previamente, o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada”. Pessoas privadas em uma ação de manutenção ou reintegração de posse, é esse o sistema: “Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu”. Aí nós temos um sentimento que o princípio do contraditório e da ampla defesa não estão sendo obedecidos. A expedição do mandado liminar de manutenção ou reintegração. Em caso contrário, se a petição inicial não estiver devidamente documentada, se o esbulho ou a turbação estiverem devidamente documentadas, o juiz poderá deferir a liminar, sem citar o réu, sem citar a parte contrária. O réu é tomado de surpresa, pode perder a posse, poderá ser obrigado a se afastar da turbação da posse, sem ser ouvido.

Em se tratando da Fazenda Pública, em se tratando de Poder Público, não. O juiz está proibido: “Não será deferida”, quer dizer, carga imperativa, não tem “poderá”. É “não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar, sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais”. E ainda mais, os advogados das sociedades de economia mista e das empresas públicas defenderam ardorosamente que esse parágrafo único do art. 928 devia ser aplicado às empresas públicas e às sociedades de economia mista. Numa tentativa de ampliar o conceito de Fazenda Pública em juízo. A jurisprudência não aceitou essa idéia. Dentro desse componente inspirado pelo art. 928, parágrafo único, do CPC,

surgiu a Lei nº 8.437/92. Essa lei dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. Não temos uma lei dispondo sobre a concessão de medidas cautelares contra atos dos particulares. Sabemos que o poder geral de cautela é uma garantia. É o poder geral de cautela que dá ao Poder Judiciário a discricionariedade de examinar como e quando deverá exercê-lo, dependendo de algumas circunstâncias muito especiais.

E sem fazer qualquer referência a nome, a semana passada me utilizei desse poder geral de cautela, aqui, em São Paulo, para evitar, imediatamente, que 10.000 ou 15.000 empregos fossem prejudicados, enquanto não existisse uma solução definitiva da demanda. Então, a Lei nº 8.437/92 diz, no art. 1º: “Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva (...)”. Modificando o poder geral de cautela; revogando o poder geral de cautela, posto na Constituição Federal.

Sei que alguns juízes estavam abusando, me perdoe o termo, na concessão de medidas liminares, mas isso faz parte do fenômeno democrático. Se os juízes estão abusando, existem as vias recursais para controlá-los, porque temos o juiz de primeiro grau, temos o juiz de segundo grau, temos o Superior Tribunal de Justiça e temos o Supremo Tribunal Federal. Em nível de infraconstitucionalidade temos três graus de controle. Em nível de constitucionalidade, temos quatro graus de controle.

Muitas vezes, fenômenos de inconstitucionalidade passam pelo Superior Tribunal de Justiça. Não deve ser através de uma lei que vamos coibir os abusos dos juízes, ferindo um postulado. Mas essa lei foi considerada constitucional e ela continua a vigorar. Ademais, “não será cabível no juízo de primeiro grau”. O juízo de primeiro grau, sempre tenho dito, é o juízo da cidadania, que é o elemento representativo do Estado, para a solução do litígio, o que tem o primeiro contato com os fatos. Fui juiz de primeiro grau, de 1965 a 1989, quer dizer, passei vinte e quatro anos como juiz de primeiro grau. Sentia de perto as emoções dos jurisdicionados, é como se o litígio estivesse presente dentro da minha sala e dentro da minha

residência, porque eu convivia com o litígio, eu decidia sentindo as dores e as emoções das partes. A esse juiz, a Lei nº 8.437/92 proíbe: “Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de Tribunal”.

Depois surgiu outra lei proibindo, em determinadas situações, a concessão de tutelas de urgência. Por exemplo: ação ordinária contra o Exmº Sr. Presidente da República: o juiz, hoje, não pode conceder uma medida liminar, uma medida cautelar em nenhuma tutela antecipada, porque poderá ser interposto um mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal.

Apenas disse o § 2º “que o disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública”. Veio o art. 2º dessa lei, que determinou: “No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial de pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”.

Atenuou, um pouco, para um mandado de segurança coletivo, em face da sua natureza, e restringiu, no caso de ação civil pública, determinando que seja a autoridade pública ouvida no prazo de setenta e duas horas. Vem, ainda, o art. 3º dessa lei: “O recurso voluntário ou *ex officio*, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”. Assunto sumulado de direito relativo a funcionários públicos. Vantagens funcionais sumuladas, reconhecidas milhares de vezes pelo Supremo Tribunal Federal.

Vamos observar agora alguns aspectos interessantes, que vou destacar: a famosa Medida Provisória nº 2.180/35, de 24 de agosto de 2001. Observem o que essa medida provisória trouxe para o nosso ordenamento jurídico: “Acresce e altera dispositivos das Leis: 8.437/92, 9.028/95, 9.494/97, 7.347/85, 8.429/92, 9.704/98; Dec.-lei nº 5.452/43, Lei nº 5.869/73 e 4.348/64”. Vamos pinçar alguns aspectos dessa medida provisória.

Primeiramente, quanto ao FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Nós temos, art. 24-A, a parte que altera a Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995. “A União, suas autarquias e fundações são isentas de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como, de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias”.

O particular é obrigado a pagar todas essas despesas aqui mencionadas. Parágrafo único: “aplica-se o disposto neste artigo a todos os processos administrativos e judiciais em que for parte o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, seja no pólo ativo ou no passivo, extensiva a isenção à pessoa jurídica que o representar em juízo ou fora dele”. A Caixa Econômica Federal, a segunda potência financeira bancária, é isenta, porque é quem representa o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. O FGTS não pertence à Caixa Econômica Federal, é regulamentado e administrado por ela. Essa lei dispensou, por inteiro, “isenção de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias”.

O grande problema que a jurisprudência está enfrentando é o seguinte. Se dispensou, o art. 24-A diz: “A União, suas autarquias e fundações, são isentas de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias”. E o parágrafo único manda aplicar. E aquelas custas adiantadas pela parte? E as custas que os correntistas adiantaram agora, para ter o direito às atualizações monetárias dos seus saldos de FGTS? Será que eles não têm direito a cobrança dessas custas que adiantaram dos processos? Será que essa isenção também está abrangendo esse adiantamento? Ou será que essa isenção é, tão-somente, quando a União Federal tem que antecipar qualquer despesa? Os doutrinadores de plantão, a favor da Caixa Econômica Federal, têm defendido que essa isenção é total. Mas a interpretação que está surgindo, embora ainda não sumulada, é que esta isenção não abrange aquelas custas das despesas, os emolumentos, que foram adiantados, pelos correntistas, para questionarem em juízo.

Coloquei ao lado desta lei a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997: “O prazo a que se refere o *caput*, do art. 730, do CPC, e 884, da CLT,

passa a ser de 30 dias”. Por quê? Porque, primeiramente, nós sabemos que o particular tem dez dias para embargos à execução; o art. 730 se refere aos embargos à execução. Surgiu a corrente doutrinária que, se esse prazo era de dez dias para o particular, como havia uma possibilidade de se determinar que a Fazenda Pública poderia ter esse prazo quadruplicado? E veio a jurisprudência e disse: “Não, esse prazo, para a Fazenda Pública, é de dez dias”. Depois da jurisprudência assentar que esse prazo era de dez dias, vêm o art. 730 do CPC e o art. 884 da CLT fixando em trinta dias.

O particular tem direito a dez dias, a Fazenda Pública tem três vezes mais prazo, para embargar a execução. Ademais, essa lei trouxe uma novidade muito interessante. Nós, do Pleno, tivemos que aprovar e entendemos a sua plena validade e eficácia. O art. 1º, alínea *d*, da Lei nº 9.494/97, passa a ter a seguinte redação: “Não serão devidos os honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”. O particular, nas execuções não embargadas, paga honorários duas vezes. Temos, ainda, nessa mesma Medida Provisória nº 2.180/35, alterando a lei, o art. 1º, letra *e*, dizendo o seguinte: “São passíveis de revisão, pelo Presidente de Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor”. Isso, unicamente, para favorecer a Fazenda Pública.

Embora, aqui, fale em partes, mas como as partes fiscalizam o processo, as partes falam sobre os cálculos, a Fazenda Pública fala sobre os cálculos, esses cálculos são apurados. E o precatório da Justiça do Trabalho vai para onde? Vai para a Justiça Estadual, é verdade. Quando a condenação é do Estado ou do Município, o precatório da Justiça do Trabalho é cumprido pela Justiça Estadual. Aí permite que o Presidente do Tribunal de Justiça Estadual, de ofício, corrija os cálculos feitos pela Justiça do Trabalho. Observem que há um embaraço muito forte, e é uma quebra do ordenamento jurídico. E ainda mais colocando o Presidente do Tribunal como sendo um revisor de cálculo, como sendo um contador judicial a serviço das partes.

Vamos agora para o art. 1º, letra *f*. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda

Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de 6% ao ano". É 0,5% ao mês. A Fazenda Pública cobre os seus créditos tributários com base na taxa Selic, acumulação de atualização monetária e juros, em média, 1,8%, 2%, ao mês, 2,32%. De três ou quatro meses para cá, essa taxa Selic tem abaixado, mas quando se trata de funcionário público, "servidores e empregados públicos", esses juros não poderão ser mais de 0,5% ao mês. A jurisprudência tem aplicado, esse dispositivo não foi julgado inconstitucional, mas tem acrescido atualização monetária, embora os advogados da Fazenda, do Poder Público, defendam que por esse dispositivo só cabem juros de mora.

Nós poderíamos lembrar-lhes, por último, o parágrafo único do art. 741 do CPC. Esse artigo tem uma regra muito interessante, para a qual eu lhes chamo a atenção, determina o seguinte: "Para efeito do disposto no inc. II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação, tidas por incompatíveis com a Constituição Federal". Observem que aqui está que essa regra se aplica a todas as relações jurídicas, mas ela tem uma intenção dirigida para as causas fiscais. Se fizerem um levantamento, as declarações de inconstitucionalidade, em sua grande intensidade, por que não dizer, em mais de 90%, são referentes a causas fiscais, a problemas fiscais, a questões tributárias.

Então, o que ocorre? O contribuinte ganha a sua ação contra o governo, contra o Poder Público, passa dez anos para ter aquela sentença transitada em julgado e vai executar; quando os cálculos são elaborados, depois de quatro, cinco, seis anos, porque esta é a realidade, quando os cálculos são homologados, o juiz manda citar a Fazenda Pública; para os fins do art. 730 do CPC, a Fazenda Pública demora até trinta dias para responder, aí vem e apresenta embargos à execução.

Depois de tudo, do trânsito em julgado, já passou o prazo da rescisória, apresenta embargos à execução, dizendo que aquela execução

nada vale. Aqueles dez anos, mais quatro de execução, aqueles catorze, aqueles quinze anos de luta, não têm validade, porque aquela lei, em que a execução se baseia, é declarada inconstitucional. E vai, mais à frente, prestem atenção, agora: "Ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal". Eu posso entender que a interpretação da lei ou a aplicação da lei foi incompatível com a Constituição Federal, mas outro profissional pode entender de modo diferente, o Tribunal pode entender que sim, outro pode entender que não. Nessa segunda colocação, nesse final, do parágrafo único, do art. 730, não se exige pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da lei. Se exige, tão-somente, que na concepção do juízo, da discricionariedade do juiz, e sabemos que a sentença é produto de uma atuação discricionária do juiz, embora essa discricionariedade não seja absoluta, tem que ser uma discricionariedade a ser aplicada de acordo com o ordenamento jurídico – mas, muitas vezes, há exageros –, poderá haver a procedência desses embargos à execução, e toda essa luta, durante anos, poderá se transformar em nada. Se o juiz reconhecer, por exemplo, que aquela sentença que está sendo executada, trânsito em julgado, sem mais possibilidade de ser atacada por rescisória, essa sentença recebeu a aplicação ou interpretação em desconformidade com a Constituição Federal, há incompatibilidade com a Constituição Federal. Não temos, ainda, um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre essa parte final do parágrafo único do art. 741.

Vou lhes chamar a atenção para uma modificação, que houve no art. 4º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964. É aquela lei que regula a suspensão das liminares concedidas em mandado de segurança ou a suspensão das sentenças concessivas em mandado de segurança. O art. 4º desta lei passa a ter a seguinte redação. § 1º: "Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o *caput*, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário". De nada vai valer, aqui, o fenômeno do "trânsito em julgado", a coisa julgada nesse período de suspensão, até então, consagrado, desde 1964, uma consagração legal e jurisprudencial de trinta e oito anos. Foi

modificada. O juiz do Tribunal de Justiça ou o juiz do Tribunal Regional Federal nega um pedido de suspensão de uma liminar, nega um pedido de execução de sentença, esse pedido transita em julgado, a parte fica tranqüila.

No momento em que há uma interposição de um recurso especial ou um recurso extraordinário, pode, esse pedido, ser renovado perante o Supremo Tribunal Federal ou perante o Superior Tribunal de Justiça. Vem mais, o § 2º: “Aplicam-se à suspensão de segurança de que trata esta lei, as disposições dos §§ 5º a 8º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”. E a que manda aplicar às ações civis públicas e, afinal, a todas outras ações. A intenção do legislador da época foi de beneficiar o Poder Público, mas deu efeito contrário. Foi, ao permitir que “aplica-se na ação rescisória, o poder geral de cautela”, de que trata o art. 798 do CPC. Até então, nós tínhamos até súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos dizendo que não era possível o exercício do poder geral de cautela nas ações rescisórias.

Como o governo vinha insistindo muito, em determinadas áreas, por esse exercício de poder geral de cautela, defendeu essa modificação, mas esta, muitas vezes, tem sido revertida em desfavor do Poder Público, porque tanto o particular, como o Poder Público, podem se beneficiar do poder geral de cautela, em ações rescisórias. Precatórios requisitórios: O Brasil é o único país que tem precatório requisatório.

Nos Estados Unidos, execução contra o Poder Público é caso de polícia. Não há nenhum outro país que adote o sistema de precatório requisatório; e o nosso sistema de precatório requisatório, cada vez mais, se alonga, chegando ao

ponto das dívidas serem parceladas em até dez anos. Há, na reforma do Poder Judiciário, que está em tramitação no Congresso, uma proposta que nasceu de idéias concebidas pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, e materializadas em redação de minha autoria, e depois apresentadas ao relator. Estamos tentando transformar a execução contra a Fazenda Pública, não mais em forma de precatórios, e sim, dando possibilidade da criação dos chamados “títulos públicos”, “títulos sentenciais públicos”. O que seriam esses títulos? As dívidas do Poder Público seriam apuradas, a partir do mês de julho de cada ano, e seriam colocadas dotações orçamentárias à disposição do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, para a liquidação dessas dívidas.

O Poder Judiciário emitiria 11 títulos, 11 títulos sentenciais públicos, com livre circulação no mercado; e, a partir de fevereiro, do ano seguinte, a parte apresentaria 1/11, 2/11, daquele título, ao Banco do Brasil ou à Caixa Econômica Federal e receberia o seu dinheiro ou, então, poderia endossar esse título, e este poderia circular no mercado, como circulam, hoje, os demais títulos executivos. O Poder Público defende que é impossível a aprovação desse dispositivo. Mas vejo que não há nenhuma impossibilidade.

Por exemplo, os nossos vencimentos: o Banco do Brasil arrecada tributos e paga os nossos vencimentos, posteriormente, faz um encontro de contas perante o Governo Federal; a mesma coisa, a Caixa Econômica Federal e bancos credenciados poderiam fazer. Por que não pode fazê-lo com as dívidas reconhecidas pelo Poder Judiciário? Porém, não temos a esperança que a proposta seja aprovada.

Muito obrigado.